



**University of
Zurich**^{UZH}

**Zurich Open Repository and
Archive**

University of Zurich
University Library
Strickhofstrasse 39
CH-8057 Zurich
www.zora.uzh.ch

Year: 2009

Ausschliessung aus einem Verein: Anfechtung trotz Austritt. Bemerkungen zu Urteil 5A₁0/2009 vom 1. September 2009

Schiess Rütimann, Patricia M

Abstract: Psychiater X. wird am 19. Juni 2006 aus der Ärztesgesellschaft des Kantons Genf (AMG) ausgeschlossen. Am 14. August 2006 erklärt er seinen Austritt aus der AMG. Am 21. August 2006 gelangt er an die Standeskommission der FMH, am 2. April 2007 ans Gericht. Das Bundesgericht prüft seine Aktivlegitimation und kommt – ohne auf die einschlägige Literatur und Judikatur einzugehen – zu folgendem Schluss: Erklärt ein Mitglied seinen Austritt nach Eröffnung eines Ausschliessungsverfahrens, darf der Verein das Verfahren fortsetzen. Im Gegenzug ist der Betroffene zur Anfechtung der Ausschliessung legitimiert.

Posted at the Zurich Open Repository and Archive, University of Zurich

ZORA URL: <https://doi.org/10.5167/uzh-119827>

Journal Article

Published Version

Originally published at:

Schiess Rütimann, Patricia M (2009). Ausschliessung aus einem Verein: Anfechtung trotz Austritt. Bemerkungen zu Urteil 5A₁0/2009 vom 1. September 2009. *Jusletter*, (07.12.2009) : *online*.

Patricia M. Schiess Rütimann

Ausschliessung aus einem Verein: Anfechtung trotz Austritt

Bemerkungen zu Urteil 5A_10/2009 vom 1. September 2009

Psychiater X. wird am 19. Juni 2006 aus der Ärztesgesellschaft des Kantons Genf (AMG) ausgeschlossen. Am 14. August 2006 erklärt er seinen Austritt aus der AMG. Am 21. August 2006 gelangt er an die Standeskommission der FMH, am 2. April 2007 ans Gericht. Das Bundesgericht prüft seine Aktivlegitimation und kommt – ohne auf die einschlägige Literatur und Judikatur einzugehen – zu folgendem Schluss: Erklärt ein Mitglied seinen Austritt nach Eröffnung eines Ausschliessungsverfahrens, darf der Verein das Verfahren fortsetzen. Im Gegenzug ist der Betroffene zur Anfechtung der Ausschliessung legitimiert.

Rechtsgebiet(e): Juristische Personen

Zitiervorschlag: Patricia M. Schiess Rütimann, Ausschliessung aus einem Verein: Anfechtung trotz Austritt, in: Jusletter 7. Dezember 2009

Inhaltsübersicht

- I. Der Sachverhalt
- II. Das Urteil
- III. Die zentralen Aussagen des Urteils
 - 1. Aussage: «Ausschluss trotz Austritt»
 - 2. Aussage: «Anfechtung trotz Austritt»
 - 3. Keine Aussage zum Rechtsmissbrauch
- IV. Kommentar zur Aussage «Ausschluss trotz Austritt»
- V. Kommentar zur Aussage «Anfechtung trotz Austritt»
 - 1. Eine unnötige Aussage
 - 2. Fehlende Auseinandersetzung mit Lehre und Rechtsprechung
 - 2.1 Übersicht über die Lehre
 - 2.2 Übersicht über die Rechtsprechung
 - 2.3 Zwischenfazit
 - 3. Wichtige Aussage in einem nicht veröffentlichten Urteil
 - 4. Rechtsmissbräuchliche Anfechtung?
- VI. Fazit

I. Der Sachverhalt

[Rz 1] X. wurde am 13. Dezember 2001 Mitglied der AMG (Association des médecins du canton de Genève) und damit auch der FMH¹. Er arbeitete in eigener Praxis als Psychiater. Regelmässig erstellte er im Auftrag von Krankenversicherungen und Gerichten psychiatrische Gutachten.

[Rz 2] Auf Beschwerden von Patienten und Kollegen hin erteilte ihm die Standeskommission der AMG am 4. Juni 2004 einen Verweis und auferlegte ihm eine Busse von 10'000 Franken wegen Verletzung von Behandlungsgrundsätzen (Art. 4 Standesordnung FMH²). Die Standeskommission der FMH bestätigte die Sanktionierung am 14. September 2005. Gestützt auf neue, gleichlautende Beschwerden, die zwischen März und Juli 2005 bei ihr eingegangen waren, schloss die Standeskommission der AMG X. am 19. Juni 2006 aus der AMG aus. Überdies ordnete sie die Publikation dieses Beschlusses in ihrem Publikationsorgan an sowie die Mitteilung des Beschlusses an die Gesundheitsdirektion des Kantons Genf und an die Organe der santésuisse³.

[Rz 3] Mit Schreiben vom 14. August 2006 erklärte X. seinen Austritt aus der AMG. Am 9. Oktober 2006 informierte die AMG X., dass sie seinen Austritt anlässlich der Vorstandssitzung vom 18. September 2006 mit sofortiger Wirkung akzeptiert habe. Sie wies X. darauf hin, dass sein Austritt den Verlust der Mitgliedschaft der FMH nach sich ziehe, sofern er keiner anderen kantonalen Sektion der FMH beitrete. Die FMH teilte X. am 29. November 2006 mit, dass er ihr – falls er Mitglied der FMH bleiben wolle – innert zehn Tagen die Kopie seines Beitrittsgesuchs zu einer anderen kantonalen Sektion zukommen lassen müsse. Auf diese Einladung der FMH antwortete X. nicht.

[Rz 4] Am 21. August 2006 erhob X. bei der Standeskommission der FMH Beschwerde gegen die Ausschlussung. Am 1. März 2007 erklärte die Standeskommission der FMH die Beschwerde für unzulässig, weil es X. an der Aktivlegitimation fehle, da er im Laufe des Jahres 2006 mit sofortiger Wirkung ausgetreten sei und folglich im Zeitpunkt der Entscheidung nicht mehr Mitglied der FMH sei.

[Rz 5] Am 2. April 2007 klagte X. beim zuständigen erstinstanzlichen Gericht gegen die AMG auf Aufhebung seiner Ausschlussung. Mit Urteil vom 21. Februar 2008 verneinte das Gericht die Aktivlegitimation von X., weil er die Mitgliedschaft im Zeitpunkt der Klageerhebung bereits durch den Austritt verloren habe.

[Rz 6] X. legte gegen dieses Urteil Berufung ein. Die Berufungsinstanz bestätigte das erstinstanzliche Urteil. Sie präzierte, dass die Klage in jedem Fall hätte abgewiesen werden müssen wegen der schweren und wiederholten Verletzungen von Art. 4 Standesordnung FMH. Der auf die Ausschlussung hin erfolgte Austritt mache die Publikation und die Mitteilung der Sanktion nicht gegenstandslos. Das Interesse der AMG an der Respektierung der Standesordnung überwiege das Interesse von X. am Schutz seines Rufes und seiner wirtschaftlichen Zukunft.

[Rz 7] Gegen dieses Urteil erhob X. Beschwerde in Zivilsachen beim Bundesgericht.

II. Das Urteil

[Rz 8] Die Berufungsinstanz war der Ansicht, dass X. die Mitgliedschaft der AMG am 17. August 2006 und die Mitgliedschaft der FMH ungefähr am 15. Dezember 2006 verloren habe. Sie schloss daraus, dass X. seine Klagelegitimation im Laufe des Verfahrens verloren habe und insbesondere im Zeitpunkt der Anrufung des erstinstanzlichen Gerichts nicht mehr über die Klagelegitimation verfügt habe (Erwägung 2.1).

[Rz 9] Gemäss Bundesgericht stellt sich die Frage, ob der Austritt eines Vereinsmitglieds zum Verlust seiner Aktivlegitimation führt, wenn es sich beim angefochtenen Vereinsbeschluss um seine Ausschlussung handelt und diese empfindliche Auswirkungen auf seinen beruflichen Ruf und seine wirtschaftliche Zukunft haben kann (Erwägung 2.2).

[Rz 10] Das Bundesgericht ruft in Erinnerung, dass die Rechtsprechung zum Vereinsausschluss⁴ zwischen den vom Gesetzgeber anvisierten Vereinen mit idealem Zweck, die über volle Ausschlussautonomie verfügen, unterscheidet und den Vereinen, die wegen des wirtschaftlichen Interesses der Mitglieder eine Einschränkung der Ausschlussfreiheit erleiden (Erwägung 2.2.1).

[Rz 11] Erfolgt ein Austritt wegen eines

¹ FMH: Verbindung der Schweizer Ärztinnen und Ärzte.

² Die Statuten der FMH sowie die Standesordnung FMH finden sich auf der Homepage der FMH in der Rubrik «Rechtliche Grundlagen».

³ santésuisse: Branchenverband der schweizerischen Krankenversicherer im Bereich der sozialen Krankenversicherung.

⁴ Das Bundesgericht zitiert BGE 131 III 97 ff. und BGE 123 III 193 ff.

Ausschlussverfahrens, kann der Verein gemäss Bundesgericht feststellen, dass der Austritt das Verfahren gegenstandslos hat werden lassen und das Verfahren einstellen, oder er kann entscheiden, es weiterzuführen. Im ersten Fall verliert der Betroffene jegliches Interesse an der Anrufung des Richters. Im zweiten Fall muss dem Betroffenen das Recht zugestanden werden, vom Gericht die Rechtmässigkeit der Ausschlussüberprüfung zu lassen (Erwägung 2.2.2).

[Rz 12] Wegen der Publikation der Ausschluss und der Mitteilung an die Gesundheitsdirektion und an santésuisse ist der berufliche Ruf von X. betroffen. Weil er in nicht geringem Umfang Gutachten für Krankenversicherungen und Gerichte erstellt hatte, sind die Publikation und die Mitteilung geeignet, sein wirtschaftliches Fortkommen zu behindern. Sie rechtfertigen das Bejahen der Klagelimitation trotz Austritt umso stärker (Erwägung 2.2.2).

[Rz 13] Das Bundesgericht vertritt gestützt auf die Statuten der AMG die Ansicht, dass der von X. am 14. August 2006 erklärte Austritt erst auf den 31. Dezember 2007 wirksam wurde. Im Zeitpunkt der Anfechtung der Ausschluss bei der Standeskommission der FMH und beim erstinstanzlichen Gericht war er demnach noch Vereinsmitglied (Erwägung 2.2.3). Die Berufungsinstanz durfte deshalb seine Klagelimitation nicht verneinen (Erwägung 2.3).

[Rz 14] Das Bundesgericht heisst die Beschwerde gut, hebt das Urteil der Berufungsinstanz auf und weist die Sache zur Entscheidung an die Berufungsinstanz zurück (Erwägung 4).

III. Die zentralen Aussagen des Urteils

1. Aussage: «Ausschluss trotz Austritt»

[Rz 15] In Erwägung 2.2.2 sagt das Bundesgericht, dass ein Verein ein bereits eingeleitetes Ausschlussverfahren auch dann zu Ende führen darf, wenn das betroffene Mitglied in der Zwischenzeit seinen Austritt aus dem Verein erklärt hat. Besondere Voraussetzungen (wie z.B. eine statutarische Grundlage) verlangt es nicht.

2. Aussage: «Anfechtung trotz Austritt»

[Rz 16] In Erwägung 2.2.2 sagt das Bundesgericht, dass ein Vereinsmitglied auch nach dem Austritt ein schützenswertes Interesse daran haben kann, vom Gericht die Rechtmässigkeit der Ausschluss feststellen zu lassen, insbesondere dann, wenn die Ausschluss seine wirtschaftliche Entfaltung tangieren könnte.

3. Keine Aussage zum Rechtsmissbrauch

[Rz 17] Indem das Bundesgericht ausführt, dass X. im

Zeitpunkt der vereinsinternen Anfechtung und der Anrufung des Richters noch Vereinsmitglied war, stellt es allein auf das Fortbestehen der Mitgliedschaft ab und lässt ausser Acht, dass X. durch die Erklärung des Austritts zum Ausdruck brachte, (wenn vielleicht nicht sofort, so doch zumindest später⁵) der AMG nicht mehr angehören zu wollen. Es prüft nicht, ob sich die beiden Erklärungen (Austritt und Anfechtung der Ausschluss)⁶ widersprechen.⁷

IV. Kommentar zur Aussage «Ausschluss trotz Austritt»

[Rz 18] Dass das Bundesgericht einer Standesorganisation – in Abkehr von BGE 63 II 353 ff.⁸ – gestattet, in einem Ausschlussverfahren zu prüfen, ob die Voraussetzungen für eine Ausschluss erfüllt sind, obwohl das Mitglied wegen der Anhebung des Verfahrens seinen Austritt erklärt hat, ist nicht zu kritisieren. Zwar halten einzelne Autoren fest, dass eine Ausschluss zu unterbleiben habe, wenn das Mitglied die Mitgliedschaft bereits verloren hat.⁹ Die Ausschluss setze das Bestehen der Vereinsmitgliedschaft im Zeitpunkt des Empfanges der Ausschlussklärung voraus.¹⁰ Die betreffenden Autoren äussern sich jedoch nicht ausdrücklich zu Berufs- und Standesorganisationen respektive Wirtschaftsverbänden¹¹ und gehen nicht auf den Fall ein, dass das Mitglied den Austritt nach Androhung oder Eröffnung eines Ausschlussverfahrens erklärt, um der Ausschluss zuvorkommen. Einzig KELLER – und etwas weniger prononciert RIEMER¹² – führen aus, dass ein ausgetretenes

⁵ Die Austrittserklärung von X. nannte kein Datum. Dass sie von der AMG mit sofortiger Wirkung entgegengenommen wurde, kritisierte er offenbar nicht (Sachverhalt A.c und Erw. 2.2.3).

⁶ Aus dem Sachverhalt (Punkt A.d) geht nicht hervor, wie das Begehren von X. an die Standeskommission der FMH formuliert war. Allerdings ist davon auszugehen, dass es vom Bundesgericht erwähnt würde, wenn sich X. bloss gegen die Publikation und die Mitteilung der Ausschluss zur Wehr gesetzt hätte. Vom Gericht verlangte X. die Aufhebung der Ausschluss (Sachverhalt B.).

⁷ Dass das Verhalten eines Mitglieds anlässlich der Willensbildung die Anfechtung des betreffenden Vereinsbeschlusses rechtsmissbräuchlich werden lassen kann, zeigen z.B. RIEMER HANS MICHAEL, Anfechtungs- und Nichtigkeitklage im schweizerischen Gesellschaftsrecht, Bern 1998, N 148, und HEINI ANTON/PORTMANN WOLFGANG, Grundriss des Vereinsrechts, Basel 2009, N 235.

⁸ Siehe Kapitel V.2.2.

⁹ TUOR PETER/SCHNYDER BERNHARD/SCHMID JÖRG, Die juristischen Personen, in: Tuor Peter/Schnyder Bernhard/Schmid Jörg/Rumo-Jungo Alexandra (Hrsg.): Das schweizerische Zivilgesetzbuch, 13. Aufl. Zürich 2009, § 16 N 34, unter Berufung auf BGE 63 II 353 ff.

¹⁰ RIEMER HANS MICHAEL, Berner Kommentar. Schweizerisches Zivilgesetzbuch. Band I, 3. Abteilung, 2. Teilband: Die Vereine, Bern 1990, Art. 72 ZGB N 10.

¹¹ Auch KELLER konzentriert seine Ausführungen auf Vereine mit «echtem idealem Zweck»: KELLER ANDREAS, Die Ausschluss aus dem Verein, Diss. Fribourg, Zürich 1979, S. XXI.

¹² RIEMER (siehe Fn 10) Art. 72 ZGB N 10.

Mitglied nicht ausgeschlossen werden kann, weil die Mitgliedschaft durch den Austritt untergegangen ist und nicht noch einmal durch Ausschluss untergehen kann.¹³ KELLER kritisiert die Vereine, die an der Ausschluss Ausgetretener festhalten und hält es für legitim, dass ein Mitglied gerade wegen einer drohenden Ausschluss den Verein verlässt.¹⁴ Angesichts dieser eher vereinzelt gebliebenen und nur einzelne Aspekte erörternden Ausführungen kann dem Bundesgericht nicht vorgeworfen werden, sich über die herrschende Lehre hinwegzusetzen.

[Rz 19] Insbesondere bei Personen, die einer Berufs- oder Standesorganisation angehört haben, besteht ein öffentliches Interesse¹⁵ daran zu wissen, ob sie dem Verein nicht mehr angehören, weil sie ihn aus freien Stücken verlassen haben oder weil sie (z.B. gegenüber Kunden, Konkurrenten oder Behörden) ein Verhalten an den Tag legten, das gegen die Grundsätze des Vereins versties und sie untragbar machte.¹⁶ Dies gilt umso mehr, als eine Ausschluss aus diesen Organisationen, deren Mitgliedschaft für die Betroffenen von wirtschaftlicher Bedeutung ist, nur aus wichtigen Gründen erfolgen darf.^{17,18}

[Rz 20] Ob Geselligkeitsvereinen das Ausschluss von Mitgliedern, die mit ihrem Austritt einem Sanktions- oder Ausschlussverfahren zuvorkommen wollen, – in Fortführung von BGE 63 II 353 ff. – weiterhin verwehrt sein soll, muss hier nicht entschieden werden.

[Rz 21] Vereinen, die mittels Sanktionen für die Respektierung ihrer Standesordnung und ihrer Grundsätze sorgen wollen, ist zu empfehlen, in den Statuten ausdrücklich festzuhalten, dass der Verein ein bereits eingeleitetes Sanktions- oder Ausschlussverfahren trotz Austrittserklärung des Betroffenen zu Ende führen darf.¹⁹

¹³ KELLER (siehe Fn 11) S. 60.

¹⁴ KELLER (siehe Fn 11) S. 62.

¹⁵ BGE 134 III 193 Erw. 4.6 S. 201 ff.: Das von einem Sportverband geltend gemachte öffentliche Interesse an der einfachen Feststellung von Doping rechtfertigt eine Verletzung des Persönlichkeitsrechts durch eine Vereinsstrafe. TUOR/SCHNYDER/SCHMID (siehe Fn 9) § 16 Fn 42, erwähnen, dass der Verein unter Umständen ein Rechtsschutzinteresse daran hat, «das Vorliegen eines Ausschlussgrundes auch nach dem Austritt gerichtlich feststellen zu lassen.»

¹⁶ FUCHS CHRISTOPH, Rechtsfragen der Vereinsstrafe, Diss. Zürich 1999, S. 50 und S. 52, verneint ein öffentliches Interesse an Vereinsstrafen und qualifiziert nicht jede Ausschluss als Strafe.

¹⁷ Siehe insbesondere BGE 123 III 193 ff. Zur Bedeutung der Mitgliedschaft in solchen Vereinen: LOSER PETER, Vereinsmitgliedschaft im Spannungsfeld von Ausschlussautonomie und Handels- und Gewerbefreiheit: BGE 123 III 193, recht 1998, S. 35.

¹⁸ Die Betroffenen könnten deshalb nicht geltend machen, der Austritt stelle die einzige Möglichkeit dar, einem willkürlichen Verfahren oder einer rechtsmissbräuchlichen Ausschluss zu entkommen.

¹⁹ Selbst KELLER (siehe Fn 11) S. 62, hält es in beschränktem Rahmen für zulässig, dass die Statuten den Austritt nach Eröffnung eines Verfahrens verbieten.

V. Kommentar zur Aussage «Anfechtung trotz Austritt»

[Rz 22] Die Aussage des Bundesgerichts «Anfechtung trotz Austritt» überrascht. Erstens weil sie nicht nötig gewesen wäre, zweitens weil sie ohne Auseinandersetzung mit Literatur und Judikatur erfolgt und drittens weil sie in einem nicht in die Amtliche Sammlung aufgenommenen Urteil gemacht wird. Und viertens fehlt es an einer Auseinandersetzung mit dem Rechtsmissbrauch.

1. Eine unnötige Aussage

[Rz 23] Wie das Bundesgericht in Erwägung 2.2.3 ausführt, war X. seiner Meinung nach noch Vereinsmitglied, als er die Ausschluss vereinsintern und beim erstinstanzlichen Gericht anfocht. Es hätte sich demnach damit begnügen können, auf die im fraglichen Zeitpunkt bestehende Mitgliedschaft zu verweisen.

2. Fehlende Auseinandersetzung mit Lehre und Rechtsprechung

[Rz 24] Die Aussage «Anfechtung trotz Austritt» erfolgt ohne Beleg, während die übrigen Ausführungen vom Bundesgericht mit Hinweisen auf Urteile und einem Verweis auf PERRIN/CHAPPUIS²⁰ untermauert werden.

2.1 Übersicht über die Lehre

[Rz 25] Es findet sich soweit ersichtlich kein Autor, der die Anfechtung einer Ausschluss zulässt, nachdem das Mitglied den Austritt erklärt hat. Im Gegenteil: Gemäss RIEMER und HEINI/SCHERRER muss die Mitgliedschaft (abgesehen von ihrem Erlöschen durch die Ausschluss) bei Urteilsfällung noch bestehen.²¹ Sie führen aus: Bei Erheben der Klage müsse das Mitgliedschaftsverhältnis noch bestehen.²² Die Mitgliedschaft im Verein sei eine Voraussetzung für die Aktivlegitimation. Liege sie nicht vor, müsse die Klage abgewiesen werden.²³ Trete das Mitglied aus dem Verein aus, werde der Prozess grundsätzlich gegenstandslos.²⁴ Das vor der Ausschluss ausgetretene Mitglied ist gemäss RIEMER nicht

²⁰ PERRIN JEAN-FRANÇOIS/CHAPPUIS CHRISTINE, Droit de l'association, 3. Aufl. Zürich 2008.

²¹ Die Existenz des Mitgliedschaftsverhältnisses zur Zeit der Urteilsfällung ist notwendig, «da auf den zurzeit der Urteilsfällung bestehenden Sachverhalt abzustellen ist.»: HEINI ANTON/SCHERRER Urs, Kommentar zu Art. 60-79 ZGB, in: Honsell Heinrich/Vogt Nedim Peter/Geiser Thomas (Hrsg.): Basler Kommentar. Zivilgesetzbuch I. Art. 1-456 ZGB, 3. Aufl. Basel 2006, Art. 75 ZGB N 18, mit Verweis auf RIEMER (siehe Fn 10) Art. 75 ZGB N 48 f. und prozessrechtliche Literatur.

²² HEINI/SCHERRER (siehe Fn 21) Art. 75 ZGB N 18, mit Verweis auf RIEMER (siehe Fn 10) Art. 75 ZGB N 48.

²³ RIEMER (siehe Fn 10) Art. 75 ZGB N 45.

²⁴ HEINI/SCHERRER (siehe Fn 21) Art. 75 ZGB N 18.

zur Anfechtungsklage legitimiert, kann aber gegebenenfalls auf Feststellung der Nichtigkeit der Ausschluss klagen.²⁵

2.2 Übersicht über die Rechtsprechung

[Rz 26] In BGE 85 II 525 ff. hatten sich Musiker eines Kammerorchesters über Anweisungen des Schweizerischen Musikerverbandes SMV hinweggesetzt, weshalb sie vom Zentralvorstand des SMV ausgeschlossen wurden (Sachverhalt D.). Gegen diesen Beschluss rekurrten die Musiker bei der Delegiertenversammlung und leiteten gleichzeitig das Sühnverfahren vor dem Friedensrichter ein (Sachverhalt E.). Der SMV verbot seinen Mitgliedern, mit den Ausgeschlossenen zusammenzuarbeiten (Sachverhalt D.). Die Ausgeschlossenen stellten das Begehren um Aufhebung dieser zusammen mit der Ausschluss verhängten Sperre und klagten auf Genugtuung und Schadenersatz (Sachverhalt E.). Da sie den Richter vor Abschluss des vereinsinternen Verfahrens angerufen hatten, kam das Bundesgericht zum Schluss, dass die Anfechtungsklage als unzulässig hätte zurückgewiesen werden müssen (Erwägung 2). Bezüglich der Schadenersatz- und Genugtuungsansprüche führte es aus, es rechtfertige sich nicht, eine Klage auf Schadenersatz und Genugtuung «wegen unrechtmässiger Ausschluss aus einem Verein nur in Verbindung mit einer fristgerecht eingereichten Klage auf Anfechtung des Entscheides» zuzulassen. «Einem zu Unrecht ausgeschlossenen Mitglied muss gestattet sein, den Verein auf Schadenersatz und Genugtuung zu belangen, auch wenn es dem Verein wegen der ihm mit der ungerechtfertigten Ausschluss zugefügten Kränkung nicht weiter anzugehören wünscht und daher darauf verzichtet, jene Massnahme gerichtlich anzufechten. Das gleiche Recht muss dem Ausgeschlossenen grundsätzlich aber auch dann gewahrt bleiben, wenn er zwar versucht, die Ausschluss durch Klage anzufechten, damit aber wegen unrichtigen Vorgehens keinen Erfolg hat.» (Erwägung 7 S. 539 f.).

[Rz 27] In Urteil 5C.9/2005 vom 16. März 2005 griff das Bundesgericht die an BGE 85 II 525 ff. geäusserte Kritik auf und präziserte, dass die Nichtanfechtung der Ausschluss eine «Anerkennung oder Bestätigung der gesetzlich (Art. 72 Abs. 1 ZGB) zulässigen Persönlichkeitsverletzung» darstellt (Erwägung 2.1). Eine Klage wegen Persönlichkeitsverletzung liess es deshalb nur zu, «wenn nicht die Ausschluss als solche, sondern die Art und Weise des Vorgehens des Vereins an sich persönlichkeitsverletzend war» (Erwägung 2.2).

[Rz 28] In BGE 63 II 353 ff. klagte ein Fahnenschwinger, der Mitglied des Zentralschweizerischen Jodlerverbandes war. Der Verband hatte ihm seit einigen Jahren verschiedene Statutenverletzungen vorgeworfen. Mit Schreiben vom 14. Juni 1936 forderte er den Fahnenschwinger auf, ihm eine

Rechtfertigung für die neuesten Vorwürfe zukommen zu lassen. Am 18. Juni schrieb der Fahnenschwinger: «Inbezug auf Ihr Schreiben vom 14. Juni teile ich Ihnen mit, dass ich hiermit aus dem Zentralschweizerischen Jodlerverband den Austritt erkläre.» Am 21. Juni beschloss der Vorstand, das Austrittsgesuch nicht zu genehmigen, sondern den Fahnenschwinger wegen krasser Verfehlungen auszuschliessen, die Ausschluss im Verbandsorgan zu publizieren und gewissen Adressaten brieflich mitzuteilen. Der Fahnenschwinger klagte auf Aufhebung des Beschlusses und auf Schadenersatz und Genugtuung.

[Rz 29] Gemäss Bundesgericht zeigte das Schreiben des Fahnenschwingers, «dass es dem Kläger darum zu tun war, einer erneuten Anprangerung auszuweichen» (S. 356). Da die Statuten weder einen Kündigungsfrist noch eine Kündigungsfrist vorgaben, hörte seine Mitgliedschaft gemäss Gericht auf, als die Austrittserklärung dem Verein zugeing. Weiter führte das Gericht aus: «Dem beklagten Verband stand kein Grund zur Seite, aus dem er den Austritt des Klägers hätte ablehnen dürfen. Dann konnte er aber auch nicht noch ein paar Tage später den Kläger, der damals gar nicht mehr Verbandsmitglied war, aus dem Verband ausschliessen. Das Gesetz gibt dem Verein das Recht zur Ausschluss von Mitgliedern (...) zu dem Zwecke, um das Vereinsleben störende Elemente aus dem Verein zu entfernen. Es besteht kein zureichender Grund, um diesen Rechtsbehelf gegenüber einem Mitglied zur Anwendung zu bringen, das sich durch seinen Austritt bereits freiwillig aus dem Verein entfernt hat.» Weiter kommt es zum Schluss, dass dem Fahnenschwinger in dieser Konstellation die «Anfechtung eines derartigen Beschlusses doch zum Schutz seiner Persönlichkeit zugestanden werden» muss (S. 357).

2.3 Zwischenfazit

[Rz 30] Wie diese Ausführungen zeigen, finden sich Autoren und Urteile, die sich mit dem Zusammenspiel von Ausschluss, Austritt und Anfechtung auseinandersetzen. Warum sie das Bundesgericht nicht erwähnt, muss offenbleiben.

3. Wichtige Aussage in einem nicht veröffentlichten Urteil

[Rz 31] Die Frage, ob ein Verein ein Mitglied ausschliessen darf, das ihm mittels Austritt zuvorkommen will, hätte vom Bundesgericht eine eingehende Erörterung und insbesondere eine Auseinandersetzung mit BGE 63 II 353 ff. verdient. Dasselbe gilt für die Frage, ob ein Ausgeschlossener die Ausschluss auch dann anfechten darf, wenn er den Austritt aus dem Verein erklärt. Vor allem für Berufsverbände und Standesorganisationen, die Massnahmen gegen Mitglieder ergreifen wollen, ist die Antwort auf diese Fragen relevant. Dass das einen grossen Berufsverband betreffende Urteil nicht für die Amtliche Sammlung bestimmt ist, erstaunt deshalb.

²⁵ RIEMER (siehe Fn 10) Art. 72 ZGB N 86. Ähnlich KELLER (siehe Fn 11) S. 63, der das Feststellungsinteresse vor allem dann bejaht, wenn Ausgeschlossene gegenüber dem Verein eine andere Rechtsstellung einnehmen als Ausgetretene.

4. Rechtsmissbräuchliche Anfechtung?

[Rz 32] Das Bundesgericht prüft das Verhalten von X. nicht auf Rechtsmissbrauch. Soweit ersichtlich haben sich Lehre²⁶ und Rechtsprechung²⁷ noch nicht damit beschäftigt, unter welchen Voraussetzungen die Anfechtung der Ausschlussung nach Abgeben der Austrittserklärung rechtsmissbräuchlich ist.

[Rz 33] Bringt das Mitglied mit der Austrittserklärung zum Ausdruck, dass es nichts mehr mit dem Verein zu tun haben will, könnte seine Anfechtung rechtsmissbräuchlich sein. So wie das Mitglied durch den Austritt erklärt der Verein durch die Ausschlussung, dass keine Verbindung mehr zwischen ihm und dem Mitglied bestehen soll. Folglich müsste das Mitglied mit der Ausschlussung einverstanden sein. Wenn das Mitglied mit dem Austritt hingegen zum Ausdruck bringt, dass es mit dem Verhalten des Vereins und insbesondere mit der Art und Weise, wie die Ausschlussung beschlossen oder kommuniziert wird, nicht einverstanden ist, ist die Anfechtung nicht rechtsmissbräuchlich.

[Rz 34] Entscheidend ist auch, was das Mitglied mit der Anfechtung geltend macht.²⁸ Vertritt es die Ansicht, dass die Ausschlussung zu Unrecht erfolgt ist und lautet deshalb sein Begehren, der Vereinsbeschluss sei aufzuheben oder es sei festzustellen, dass es die Mitgliedschaft nicht verloren habe, so widerspricht es sich, wenn es mit der Austrittserklärung die Beendigung der Mitgliedschaft erklärt hat, und zwar unabhängig davon, wann sie ihre Wirkung entfalten soll. Ficht das Mitglied die Ausschlussung an, weil das Verfahren nicht korrekt durchgeführt worden ist oder weil es nicht einverstanden ist mit den «Nebenwirkungen» der Ausschlussung wie z.B. der Publikation des Beschlusses²⁹ und der Information Dritter, so setzt es sich damit nicht in Widerspruch zum Austritt, der den Wunsch nach Beendigung seiner Beziehung zum Verein ausdrückt.

[Rz 35] Es ist deshalb im Einzelfall zu prüfen, was das Vereinsmitglied erklärt, wenn es dem Verein seinen Austritt bekanntgibt und die Ausschlussung anfechtet.

VI. Fazit

[Rz 36] Das Bundesgericht schützt die Ausschlussfreiheit von Berufs- und Standesorganisationen sowie Wirtschaftsverbänden, indem es ihnen gestattet, auch Mitglieder auszuschliessen, die nach der Einleitung des Ausschlussverfahrens ihren Austritt erklärt haben. Aus diesem Grund ist es – vorbehaltlich der Fälle des Rechtsmissbrauchs³⁰ – gerechtfertigt, bei Mitgliedern, die den Austritt wegen der Eröffnung des Ausschlussverfahrens erklärt haben, die Aktivlegitimation im vereinsinternen und gerichtlichen Verfahren zu bejahen. Dies ermöglicht einen Interessenausgleich, dem das Bundesgericht bei der Ausschlussung aus massgebenden Organisationen des betreffenden Berufsstandes oder Wirtschaftszweiges zu Recht grosse Bedeutung beimisst.³¹

Dr.iur. Patricia M. Schiess Rütimann ist Rechtsanwältin und Lehrbeauftragte an der Universität Zürich.

* * *

²⁶ KELLER (siehe Fn 11) S. 62 f., geht davon aus, dass der Ausgetretene nur auf Feststellung der Ungültigkeit der Ausschlussung klagt und sich die Parteien einig sind, dass er nicht mehr Mitglied ist. KELLERS Frage lautet, ob der Kläger ein genügendes Feststellungsinteresse hat.

²⁷ In BGE 63 II 353 ff. liess das Bundesgericht die Anfechtungsklage des nach dem Austritt ausgeschlossenen Mitglieds zu (S. 357), ohne sie auf Rechtsmissbrauch zu prüfen. In Urteil 5A_683/2008 vom 22. Dezember 2008 führte das Bundesgericht aus (Erw. 3.2.4), dass eine erneute Klage auf Nichtigerklärung nach dem Rückzug einer ersten Klage am Verbot widersprüchlichen Verhaltens scheitern kann.

²⁸ Dass das Begehren bei der Anfechtung nur auf Aufhebung des Beschlusses gerichtet werden kann (so z.B. HEINI/PORTMANN (siehe Fn 7) N 236, und HAUSHEER HEINZ/AEBI-MÜLLER REGINA E., Das Personenrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, 2. Aufl. Bern 2008, Rz. 18.60), verhindert nicht, dass mit der Anfechtung verschiedene Ziele verfolgt werden. In Urteil 5C.9/2005 vom 16. März 2005 z.B. beanstandete der Ausgeschlossene das Ausschlussverfahren, ohne die Wiederherstellung der Mitgliedschaft zu verlangen (Sachverhalt B.).

²⁹ Das in SJZ 52 (1956) S. 125 f. veröffentlichte Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich zeigt, dass auch die Mitglieder anderer Standesorganisationen kein Interesse an der Publikation ihrer Ausschlussung haben.

³⁰ Siehe Kapitel V.4.

³¹ Siehe dazu insbesondere BGE 123 III 193 ff. Erw. 2.c.cc S. 199.